

¿LA NEGATIVA DEL SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL A DEJARSE
PRACTICAR INTERVENCIONES QUE UTILICEN SU CUERPO COMO
OBJETO DE PRUEBA ESTÁ AMPARADA A LA LUZ DE LA GARANTÍA DE
NO AUTOINCRIMINACIÓN?

MANUELA VALLEJO ROLDÁN

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR
POR EL TÍTULO DE ABOGADO

ASESOR: JORGE A. TURBAY CEBALLOS

UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2017

*“No existe libertad cada vez que las leyes
permiten que en algunos casos el hombre
deje de ser persona y llegue a
convertirse en cosa”*

Cesare Beccaria

¿La negativa del sujeto pasivo del proceso penal a dejarse practicar intervenciones que utilicen su cuerpo como objeto de prueba está amparada a la luz de la garantía de no autoincriminación?

1. Introducción

El proceso penal en general constituye el sistema o procedimiento reglado a través del cual el Estado ejercita legítimamente su facultad al *ius puniendi-derecho a penar, a sancionar*- sobre los asociados. Consiste, según Goldschmidt¹ en una construcción técnica artificial que a la vez que tiene como objeto la averiguación por parte del Estado de una verdad jurídicamente relevante y la imposición de una pena- en los casos en que corresponda- está destinada a proteger- en lo posible- a los individuos contra el abuso, la arbitrariedad, la desproporción y la inhumanidad del poder estatal haciéndolos titulares de una amplia gama de derechos y garantías que se erigen como muro de contención en contra del poder imperioso del Estado.

No obstante, los derechos y garantías a favor de los ciudadanos en el marco del proceso penal no siempre se han reconocido, sino más bien al contrario, pues tradicionalmente se consideraba que la sumisión del individuo frente al poder del Estado era tal que este -en el marco de un proceso penal- además de verse obligado a soportar toda clase de arbitrariedades, tratamientos denigrantes, violencia física, detenciones indefinidas, juicios ocultos, confiscaciones y penas corporales² por parte de la autoridad estatal, tenía la obligación de decir la verdad y prestar su colaboración en el esclarecimiento de los hechos.

La amplia gama de derechos y garantías que actualmente se derivan de la condición de imputado, procesado o acusado, ha sido una contribución que se debe a las ideas de la Ilustración y el Liberalismo, corrientes que transformaron profundamente la concepción misma del derecho penal: del principio de división de poderes surgió la independencia del juez; del reconocimiento de los derechos

¹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid, España: Marcial Pons, 2004. Pág.746

² BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

fundamentales surgió que el acusado sea ahora considerado sujeto -y no objeto- del proceso; y además se introdujeron los principios de legalidad, publicidad, etc.³

Por lo tanto, hoy en día, se concibe -en los Estados democráticos- que el ejercicio del *ius puniendi* no puede ser arbitrario ni abusivo, sino que debe encausarse en el marco del proceso penal en el cual se consagran límites al poder de intervención del Estado, que se traducen en las garantías del mismo procesado. De ahí que Roxin se refiriera a la “justicia formalizada del proceso” afirmando que *“los límites a las facultades estatales de intervención que protegen al inocente de persecuciones injustas, así como frente a limitaciones excesivas de su libertad, que también deben asegurar al culpable el ejercicio de todos los derechos de defensa, es lo que caracteriza la formalización propia del procedimiento judicial. Una sentencia sólo cumple con estas exigencias propias de la formalización judicial, es decir, se ajusta al procedimiento, cuando tiene lugar sin que se haya lesionado ninguna garantía procesal contra el inculcado, inclusive aunque este sea culpable”*⁴

Las sociedades democráticas que pretendan el ejercicio racional del *ius puniendi*, deben concebir un proceso penal que proteja a ultranza las garantías constitucionalmente previstas para la protección de los individuos -soporte básico del Estado de derecho- para el mantenimiento mismo del sistema democrático. Con razón dice López Barja de Quiroga⁵ en su obra *Tratado de derecho procesal penal* que en los sistemas de gobierno autoritarios es imprescindible para el mantenimiento del régimen y la tiranía un derecho procesal flexible, exento de principios y garantías que no le supondrían más que ataduras a su desenfrenado ánimo de castigar a todo aquel que no se limite al sometimiento de sus mandatos.

Ahora, dentro de los derechos y garantías procesales reconocidas ampliamente en los sistemas penales de distintos estados democráticos se encuentran, entre otros, el de *non bis in idem* o no ser castigado dos veces por la misma infracción,

³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004. Pág.311.

⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004. Pág.311.

⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004. Pág.900.

el de doble instancia, el derecho a la defensa, el derecho a no declarar, el de presunción de inocencia, el de inmediación y el de publicidad.

Para los fines de este artículo, se prestará especial atención al derecho a no declarar, también denominado derecho a la no autoincriminación, que tiene todo sujeto pasivo en un proceso penal, se presentarán las características del mismo y su génesis, para después contrastarlo con la forma en que este ha sido interpretado por el ordenamiento jurídico colombiano; en cabeza tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, en el marco del sistema de procedimiento penal adoptado en Colombia con el Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó la Constitución nacional. Finalmente, se analizará si las figuras contenidas en los artículos 247, 248 y 249 del Código de Procedimiento Penal, correspondientes a la inspección corporal, el registro personal y obtención de muestras que involucran al imputado, respectivamente, son aceptables a la luz del principio a la no autoincriminación según la forma en la que, según este artículo, debe ser entendido el mismo.

2. De la garantía a la no autoincriminación

Prevía exposición de la garantía a la no autoincriminación, es preciso hacer alusión a un derecho que se encuentra íntimamente ligado con aquella: el derecho de defensa que radica en toda persona imputada de un delito y que se concibe como el derecho por excelencia, el derecho supremo e inviolable del individuo a defenderse de lo que se le imputa, que tal como lo expresó atinadamente Seco Villalba⁶ “antes que derecho positivo es una fuerza que tiene su origen en la oscura guarida del instinto de conservación”. Si bien este derecho es aplicable a toda clase de proceso -civil, laboral, administrativo, etc.- su especial relevancia se da en el proceso penal como consecuencia de la importancia de los bienes jurídicos que en él se encuentran comprometidos.

La defensa, además de ser un derecho esencial del procesado es también un poder que tiene aquel, traducible en su facultad de intervenir -o no hacerlo- en el

⁶ SECO VILLALBA, José A. *El derecho de defensa: la garantía constitucional de la defensa en juicio*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1947.

proceso que contra él se adelanta, en todas sus etapas y actos procesales mediante distintas conductas como el ofrecimiento de pruebas, la alegación frente a los argumentos del ente acusador, el ejercicio de su derecho a ser oído y la impugnación tanto de la sentencia como de los pronunciamientos susceptibles de aquello⁷.

El derecho a la defensa, al ser una facultad en cabeza del procesado puede o no ejercerse activamente, esto es, según el caso, puede resultar más conveniente para la defensa asumir una posición pasiva con respecto a la acusación sostenida por la Fiscalía, toda vez que así como aquella está facultada para aportar pruebas, para alegar en contra de los argumentos de cargo, para ser oída dentro del proceso, también lo está para dejarlo de hacer, para dejar de aportar pruebas, para guardar silencio y en todo caso para permanecer inactiva durante el proceso penal, al estar cobijada por la garantía de presunción de inocencia en virtud de la cual se le considera inocente al procesado hasta tanto su responsabilidad penal sea demostrada más allá de toda duda por el ente acusador, a quien le corresponde la carga de la prueba.

Es entonces precisamente en este escenario, en el cual la estrategia defensiva del procesado se ejercita de manera pasiva -o por omisión- que se manifiesta la garantía de no autoincriminación o el derecho a no declarar⁸. Al respecto, manifiesta el autor colombiano Luis Fernando Bedoya, que la no autoincriminación y el derecho de defensa están tan íntimamente ligados que en ocasiones pueden confundirse en uno sólo, porque *“La no autoincriminación es una modalidad de autodefensa pasiva, es decir, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso de la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a declararse culpable.”*⁹

⁷ JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2005.

⁸ Según lo dicho por RAMOS MÉNDEZ, F. en *“La situación del enjuiciamiento criminal en España”*, el origen de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son manifestación del derecho de defensa –defensa privada o autodefensa, no obviamente derecho de defensa técnica- y expresión de conductas negativas de legítima falta de colaboración del imputado. Tanto uno como otro son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce efectivamente con la inactividad del sujeto sobre el cual recae la acción penal, quien en virtud de sus intereses puede considerar conveniente defenderse de esta forma.

⁹ BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*. Medellín, Colombia: Comlibros, 2008.

2.1. Garantía a la no autoincriminación: reseña histórica.

La garantía *nemo tenetur se ipsum accusare*, según la cual nadie puede estar obligado a condenarse a sí mismo, o en otras palabras, nadie debe ser compelido de ninguna forma a colaborar en la demostración de su responsabilidad penal, no siempre se ha predicado con respecto al procesado penalmente sino que su consagración se dio como resultado de la necesidad social de humanidad -en materia penal- que se dio como reacción a los viejos modelos inquisitoriales de enjuiciamiento.

Como consecuencia del tránsito del modelo procesal penal inquisitivo al acusatorio, se generaron una cantidad de avances en la materia, de los cuales conviene resaltar especialmente el hecho de que se dejó de considerar al acusado como un mero objeto del proceso -objeto y fuente de prueba- y empezó a tratársele como una persona merecedora de trato digno, titular de derechos intrínsecos a su condición y parte misma del proceso.¹⁰ Para efectos dilucidatorios, se hará una breve referencia a ambos sistemas procesales penales.

2.2. Modelo inquisitivo- Modelo acusatorio:

Durante la época de la Inquisición regía el sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal el cual tenía como características las siguientes:

- La actuación oficiosa del juez, quien era a la vez órgano acusador/investigador y órgano fallador;

¹⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004. Pág.521.

- La celebración de juicios secretos y privados en los cuales frecuentemente se le ocultaba al procesado las razones de su detención para que este se confesara culpable o probara su inocencia¹¹ ;
- La aplicación generalizada de la tortura como mecanismo para arrancar del procesado confesiones de culpabilidad;
- El tratamiento del sospechoso como objeto de prueba;¹²
- Consideraba la confesión como la prueba por excelencia, la “prueba reina” de eficacia suprema que debía ser obtenida a toda costa, y
- La búsqueda imperiosa de la *verdad material*¹³, lo cual implicaba que la investigación penal fuera carente de límites pues lo que se pretendía era la reconstrucción exacta y completa de los hechos indagados.

Adicionalmente, en este sistema se consideraba que el procesado tenía una autentica obligación a decir la verdad y a colaborar con las autoridades al descubrimiento de los hechos; así eso implicara declarar contra sí y confesarse autor de los crímenes perseguidos, lo cual en últimas, conllevaba a que el procesado fuera concebido por el sistema como el “objeto” del juicio y no como un sujeto de derechos, situación que justificaba ampliamente el uso sistemático de la tortura.

La llegada de la Ilustración -siglo XVIII- y de las ideas defendidas por exponentes como Montesquieu, Voltaire, Rousseau y Beccaria propiciaron que se cuestionara por diferentes razones el sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal y se modificara progresivamente el tratamiento dispensado por los Estados hacia quienes fungían como sujetos pasivos de procesos penales. De tal manera, se dio la caída del modelo inquisitivo y la consiguiente adopción de un nuevo sistema denominado acusatorio, en el cual se dejó de considerar al procesado como objeto del proceso y, en cambio, se le trató como sujeto del mismo, esto es, como parte procesal que se encuentra en situación de igualdad con respecto al ente acusador.

¹¹ KAMEN. “*La inquisición española*. Barcelona, España. 1979. Pág. 193-100.

¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004. Pág.333.

¹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004. Pág.333.

El modelo acusatorio de procedimiento penal tiene básicamente las siguientes características:

- La separación entre el ente acusador, quien ostenta la facultad de impulsar la acción penal y la pretensión punitiva, y el ente fallador, quien además de ser imparcial, goza de absoluta independencia con respecto a aquel;
- Consagra una serie de garantías a favor del procesado como el principio de congruencia, la prohibición de la *reformatio in pejus*, el principio de publicidad, el de inmediación, el de *in dubio pro reo*, el de no autoincriminación, el de guardar silencio y el de presunción de inocencia, entre otros;
- Concibe el proceso penal como una contienda de naturaleza contradictoria o adversarial lo cual significa que en este se enfrentan partes contrapuestas -acusador y acusado- que se encuentran al mismo nivel, en condiciones de igualdad de armas, no existiendo la supremacía o poder de una sobre otra, y que por encima de ambas se encuentra un órgano independiente e imparcial -el juez- a quien le corresponde resolver la disputa;
- Lo que pretende el proceso es la búsqueda, ya no de la verdad material, sino de la *verdad formal o procesal*, lo cual implica que para la reconstrucción de la misma se deben respetar ciertos límites infranqueables traducibles en el respeto por los derechos fundamentales, cuyo quebrantamiento no puede ser admitido.

En consecuencia, la adopción del sistema penal acusatorio conllevó a que el imputado perdiera la condición de mero objeto -que se le asignaba en el modelo inquisitivo- para convertirse en titular de una serie de derechos que derivan directamente de la teoría de los Derechos Humanos y son manifestación de las condiciones mínimas con que deben contar los individuos para la salvaguarda de su dignidad humana según las profundas exigencias de la civilización jurídica contemporánea.

Dentro de los derechos consagrados en el nuevo sistema se destaca el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, esto es, que ninguna persona está obligada a

inculparse, el cual coincide con lo que se denomina actualmente el derecho a la no autoincriminación, que comprende a su vez los derechos a guardar silencio, a no declarar contra su persona y a no colaborar con las autoridades en la averiguación de los hechos.

Este principio en particular tiene como antecedente directo la concepción -en el sistema inquisitivo- de la confesión como prueba suprema que debía ser obtenida así fuera a través de tortura física o moral, toda vez que a partir de ella llegaba el juez, supuestamente, al conocimiento de la *verdad real o material* de los hechos, situación que no se compadecía con la realidad, ya que como lo señaló Beccaria en su “Tratado de los delitos y de las penas”, no pocas veces el inocente procesado terminaba confesando un delito que no había cometido con el sólo fin de dar término a los padecimientos físicos que sobre él se irrogaban. A propósito de la tortura, señala el autor:

“Una extraña consecuencia que se deriva necesariamente del uso de la tortura es que al inocente se lo coloca en peor situación que al culpable, pues, si a ambos se les aplica el tormento, el primero tiene todas las combinaciones contrarias; porque o confiesa el delito, y es condenado, o es declarado inocente, y ha sufrido una pena indebida. Pero el culpable tiene una posibilidad a su favor; pues, en efecto, cuando habiendo resistido con firmeza la tortura debe ser absuelto como inocente, ha cambiado una pena mayor por otra menor. Así pues, mientras el inocente no puede más que perder, el culpable puede ganar.”¹⁴

De tal manera, con la consagración del principio a la no autoincriminación, lo que se pretende es blindar al procesado frente a cualquier actuación por parte del Estado tendiente a compelerlo a contribuir a su propia condena, a inculparse a sí mismo, en cuanto dicho tratamiento partiría de la concepción del individuo como objeto del proceso penal y desconocería su calidad de persona portadora de una dignidad. Por lo tanto, en consonancia con este derecho, debe estar proscrita toda forma de tortura, apremio, coacción, intimidación o constreñimiento que pretenda doblegar la voluntad del imputado con el fin de sonsacarle información que tienda a su incriminación en los hechos delictivos objeto de investigación.

¹⁴ BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

2.3. Derecho de no autoincriminación: concepto.

Tal como lo sostiene el autor Jauchen, el derecho a la no autoincriminación encuentra fundamento en uno de los más básicos instintos humanos que es aquel concerniente a la autopreservación, según este autor *“salvo excepciones patológicas que obedecen a una distorsión de la personalidad de naturaleza preponderantemente suicida, la tendencia de todo comportamiento va inconscientemente acompañada de un resguardo de la propia existencia. En consecuencia, es contra la naturaleza misma forzar a alguien con el fin de que reconozca un acto que le traerá aparejadas consecuencias perjudiciales.”*¹⁵

El derecho a la no autoincriminación guarda una íntima relación con el valor supremo de la dignidad humana, fundamento de todo Estado constitucional de derecho y principio liberal esencial, en cuanto el primero de ellos dignifica al procesado penalmente, trata al hombre como fin y no como medio, al dispensarle a este tratamiento como sujeto de derechos y garantías infranqueables y no como objeto al servicio de la investigación penal o los intereses represivos de la comunidad.

Como se dijo con anterioridad, la doctrina ha entendido que la no autoincriminación comprende una serie de conductas que el procesado puede desplegar legítimamente por hacer parte de la esencia misma de este derecho, a saber: el derecho a guardar silencio, el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a no colaborar.

En la actualidad, los derechos a guardar silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable se recogen de modo generalizado en todas las legislaciones de los Estados democráticos¹⁶, los cuales imponen a sus autoridades el deber de informar adecuadamente a todo aquel que funja como sujeto pasivo en un proceso penal sobre los derechos que le asisten, incluso

¹⁵ JAUCHEN M., Eduardo. *Derechos del imputado*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2005. Pág.181.

¹⁶ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona, España: José M. Bosch, 1999. Pág.281.

cuando se infiera que este puede conocerlos o esté acompañado de un defensor¹⁷, lo cual debe hacerse desde el mismo momento en que el individuo sea capturado o aprehendido¹⁸, y en todo caso ante cualquier escenario en el cual se pueda dar una declaración por parte de este -interrogatorios, entrevistas, etc.-.

2.3.1. Derecho a guardar silencio:

El derecho a guardar silencio implica que el procesado tiene derecho a callar, que su silencio debe ser respetado en el sentido de que la autoridad no puede por ningún medio -coacción física o psíquica- obligarlo a hablar, y que de este no se puede derivar consecuencia adversa o indicio en contra suya. En palabras de López Barja de Quiroga *“el que guarda silencio simplemente no dice nada y, de su silencio no cabe extraer conclusión alguna”*¹⁹.

2.3.2. Derecho a no declarar en contra de sí mismo:

El derecho a no declarar en contra de sí mismo se traduce en el derecho del procesado a no ser obligado ni compelido de ninguna manera a realizar afirmaciones autoincriminatorias, a confesarse autor o partícipe del delito que se investiga en el proceso penal ni a revelar información que pueda derivar para él en responsabilidad penal. Es por esto que en varios ordenamientos jurídicos, incluido el colombiano, se le exime al procesado del deber general de rendir juramento previa declaración en el juicio oral²⁰ de manera que su testimonio -en

¹⁷ ERNST BELING-KAI AMBOS y GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2009. Pág.113.

¹⁸ Con respecto al deber de advertencia que tienen las autoridades-policiales- frente al capturado desde el momento mismo de su aprehensión, de informarle que “todo lo que diga puede ser usado en su contra” y de comunicarle que le asisten los derechos a guardar silencio, a no declarar en su contra ni en contra de sus parientes más cercanos y a estar asistido por un abogado-consagrados en Colombia en el artículo 303 del Código de Procedimiento Penal bajo el título “derechos del capturado- estos son una adaptación de las advertencias de Miranda del derecho norteamericano que surgieron a partir del célebre caso “*Miranda VS Arizona*” en el cual se hizo extensivo el derecho a no declarar ante las autoridades de policía desde el momento de un arresto como parte del contenido sustancial del derecho a la no autoincriminación.

¹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004. Pág.524.

²⁰ Ley 906 de 2004: Artículo 367. *Alegación inicial*. Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o

caso de renunciar al derecho a guardar silencio- se rinda de forma libre y espontánea, sin el temor que ciertamente implicaría la posibilidad de incurrir en el delito de falso testimonio²¹. De otra manera, en caso de que el procesado estuviera en la obligación -bajo juramento- a decir la verdad, se le pondría frente a una difícil encrucijada: faltar a la verdad asumiendo las repercusiones penales -incursión en el delito de falso testimonio- o procesales -indicio de culpabilidad- que esto le podría acarrear o colaborar en su propia condena, lo que es contrario a la persona humana.

Igualmente, la doctrina ha convenido que ciertas formas de interrogatorio -al procesado- no deberían permitirse en los ordenamientos jurídicos, como aquellas que se valen de la violencia o que utilizan preguntas capciosas, sugestivas u oscuras. Al respecto, según Claus Roxin *“la prohibición de ciertos métodos de interrogatorio no sólo protegen en un sentido plenamente idealista la dignidad humana del imputado, sino también el contenido verídico de la declaración, pues un imputado coaccionado por un interrogatorio prohibido o sometido a tortura está más motivado a hablar por poner fin al dolor que por sentirse realmente obligado a decir la verdad”*²²

También se ha planteado la doctrina internacional, en relación al derecho a no declarar contra sí mismo, si este abarca el derecho a la mentira, esto es, si en el evento en que el procesado decidiera renunciar a su derecho a guardar silencio y decidiera declarar, existiría o no la posibilidad de que este falte a la verdad. Esta cuestión ha suscitado los más álgidos debates con posiciones contradictorias²³, lo cual no será tratado en este escrito, de las cuales conviene resaltar la de Fayos Gardo, quien afirma que *“si se habla de que ninguna persona tiene una obligación legal de actuar en contra de sí misma, por tanto puede entonces no manifestar lo que en realidad ha hecho, o, en otras palabras, si se tiene el derecho a no confesarse culpable, de ahí se deriva el derecho a no decir la verdad, lo cual significa tener derecho a mentir.”*²⁴ En el mismo sentido, podría

culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.

²¹ Ley 599 de 2000: Artículo 442. *Falso testimonio*. El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

²² ERNST BELING-KAI AMBOS y GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2009. Pág.160.

²³ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona, España: José M. Bosch, 1999. Págs. 297-308.

²⁴ *Ibídem*.

deducirse que si se niega al procesado el derecho a la mentira, su decisión de guardar silencio sería claramente interpretable.

En definitiva, el derecho a no declarar en contra de sí mismo, también llamado *incoercibilidad del imputado*²⁵ implica que ningún individuo puede ser obligado a suministrar involuntariamente información que lo incrimine penalmente, de manera que las declaraciones del procesado serán válidas cuando, en primer lugar, la autoridad haya cumplido con el deber de informarle de manera previa y completa sobre los derechos que le asisten y sobre los términos sobre lo que se le va a preguntar y cuando, además las manifestaciones que este haga sean expresadas de manera libre, voluntaria y consciente.

En este sentido, se debe excluir todo medio que actúe sobre el imputado con el fin de obtener de él cualquier explicación, dato o información que tienda a provocar su inculpación, dentro de los cuales, no sólo se ubican la coacción física, moral o psicológica -intimidación, amenazas-, sino también los medios científicos que tienden a suprimir la conciencia del individuo, que lo hacen dócil enajenándolo de su capacidad de decidir racionalmente, como los sueros, sedantes, drogas, hipnosis, o procedimientos de naturaleza similar²⁶, así como los métodos fraudulentos que se valen de astucia, disfraz o engaño para hacer incurrir al procesado en error, provocando su confesión.

La costumbre judicial penal en distintas latitudes plantea, por lo general, un juicio oral que inicia con la invitación del acusado a declarar, quien en ese momento tiene la potestad de decidir si lo hace o si, por el contrario, ejercita el derecho a guardar silencio.

En Colombia, el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal establece este procedimiento, en el cual se le hace advertencia previa al procesado por parte del juez de los derechos que le asisten, y se le exonera de rendir juramento en caso de querer declarar. Estas condiciones, que no sólo son aplicables al interrogatorio del juicio oral sino a cualquier clase de interrogatorio o entrevista que se surta en la etapa de investigación²⁷, no consisten en simples rituales o

²⁵ JAUCHEN M., Eduardo. *Derechos del imputado*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2005. Pág.201.

²⁶ JAUCHEN M., Eduardo. *Derechos del imputado*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2005. Pág.204.

²⁷ ERNST BELING-KAI AMBOS y GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2009. Pág.175-180.

formulismos sino que a partir de ellas se asegura -en alguna medida- que las declaraciones del procesado sean fruto de una voluntad libre e informada.

2.3.3. Derecho del procesado a no colaborar en el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación penal:

Como se dijo previamente, si se considera el derecho a la no autoincriminación en toda su amplitud, debe concluirse que una de las dimensiones de este, se traduce en el derecho que debería tener todo procesado a no colaborar con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación penal, esto es, a no verse obligado a desplegar ninguna conducta activa ni a soportar pasivamente ninguna injerencia, que pretenda en últimas la búsqueda de la verdad dentro del proceso.

El derecho a la no autoincriminación, según el *cual nadie está obligado a condenarse a sí mismo*, tiene como finalidad proteger al individuo frente a cualquier forma de tortura, aflicción, presión o apremio que pueda ejercer el Estado con el fin de obligar al procesado a delatarse o revelar *involuntariamente* información que conlleve a su condena.

Este derecho, conceptualmente, cobija tanto la libertad de declaración como de acción del imputado, dado que como bien se sabe la “autoincriminación” no sólo es loggable a través de la declaración del procesado, entendida como manifestación lingüística o expresión oral de palabras, sino además con cualquier contribución que este pudiere hacer al proceso para favorecer su condena, la cual puede hacerse de las más variadas formas como aporte de pruebas, adopción de determinados comportamientos, expresiones corporales, escritas o cualquier otro modo susceptible de exteriorizar un mensaje o pensamiento.

No obstante lo anterior, una pluralidad de Estados democráticos modernos, entre los cuales se encuentra Colombia, no han querido darle al derecho a la no autoincriminación el alcance que le corresponde, restringiéndolo hasta desconocer el derecho que debería asistir a los imputados a no verse jurídicamente compelidos a colaborar con su incriminación a través de ninguna

forma. Por consiguiente, se han instaurado procedimientos que imponen al individuo el deber de colaboración con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos, o, al menos, el deber de soportar intromisiones en su humanidad para el fin último de averiguación de la verdad material.

Este es el caso de las intervenciones corporales, procedimientos en los cuales el derecho a no colaborar se ve completamente evaporado pues en ellos, la persona pierde su carácter de sujeto procesal para convertirse -aún en contra de su voluntad- en objeto de prueba, lo cual ha sido avalado por diferentes ordenamientos jurídicos en atención al interés general de persecución efectiva de los delitos.

3. De las intervenciones corporales:

Se entiende por intervenciones corporales -al procesado- aquellos procedimientos en los cuales a partir de la observación, examen o análisis de la corporalidad del individuo -vivo²⁸- se pueden extraer pruebas o elementos de juicio que logren producir en el proceso el conocimiento de un determinado hecho.

Gran parte de la doctrina internacional ha considerado que, en aquellos casos en que los Estados asignan consecuencias desfavorables al procesado que se muestre renuente a someterse a tales análisis o pericias, bien tomando dicha resistencia como indicio de culpabilidad o procediendo a través de la fuerza física a su práctica, se está desconociendo groseramente no sólo el valor supremo de la dignidad humana, sino que también, se le está anulando al individuo el contenido esencial del derecho a no colaborar -contra su voluntad- en pro de su propia condena.

A este propósito, señala el autor López Barja de Quiroga que *“Cuando se somete al imputado/acusado a una pericia, se le otorga procesalmente el significado de una cosa, lo que comporta una clara afectación de la dignidad de la persona. Además, también se afecta de forma directa a su derecho a no declarar. Si*

²⁸ BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*. Medellín, Colombia: Comlibros, 2008. Pág.223.

mediante coacción o violencia se obliga al imputado/ acusado a permitir que sobre su cuerpo se realicen actos que él no desea y que serán la base de una prueba o análisis periciales, es evidente que se está obligando al acusado a colaborar en el proceso penal en la obtención de pruebas contra sí mismo.”²⁹

En este punto, se procederá al análisis del derecho a la no autoincriminación en el marco del procedimiento penal colombiano para lo cual se deberán señalar los rasgos característicos del mismo, se expondrá la consagración constitucional y legal de este derecho así como el alcance que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia colombianas le han asignado y, finalmente, se señalará la forma en la que se han concebido las intervenciones corporales - sobre el procesado- en el ordenamiento jurídico y su consonancia con principios constitucionales.

4. De las intervenciones corporales en el proceso penal colombiano:

4.1. Ordenamiento jurídico colombiano: el modelo de proceso penal.

Colombia es un Estado social de Derecho fundado en el respeto y reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos fundamentales inherentes al hombre, consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales que hacen parte de su bloque de constitucionalidad.

El punto básico del Estado Social de Derecho, estriba en la protección real de los derechos consagrados en la Constitución, la cual, como *norma de normas* se erige como criterio orientador del ordenamiento, lo cual le impone al Estado el deber de asegurarse que en ninguna relación jurídica, sea entre este y particulares o entre estos, se desconozcan los derechos constitucionales, y que toda disposición, ley, o acto de autoridad se interprete y aplique según los lineamientos y principios consagrados en la Carta.

²⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004. Pág.530.

A partir del Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujeron ciertas modificaciones al texto de la Constitución Política colombiana de 1991, con el propósito de adoptar un modelo de proceso penal de tendencia acusatoria, el cual se desarrolló en la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal. Entre los cambios introducidos por la implementación del nuevo modelo se encuentran: la creación de la figura del juez de control de garantías, la reformulación de las funciones de la Fiscalía General de la Nación y la posibilidad de intervención de la víctima y el Ministerio Público en el marco del proceso penal, entre otros.

La Corte Constitucional con respecto al sistema procesal penal adoptado a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 señaló que este se basa en el reconocimiento de los derechos fundamentales, razón por la cual, sus disposiciones deben ser interpretadas siempre a la luz de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vinculantes para Colombia. Adicionalmente señaló que correspondería al legislador, por medio de disposiciones legales, determinar el alcance y contenido específico que se le daría a cada derecho fundamental en el contexto del procedimiento penal³⁰.

A propósito de dicho modelo procesal penal, que sigue rigiendo en la actualidad, señalan los autores Montealegre Lynett y Bernal Cuéllar que este se trata de *“un proceso ligado a la noción de Estado de derecho. Esta categoría ha sido acuñada por la doctrina procesal penal germana e implica, la realización efectiva de la justicia, sin desmedro de los derechos fundamentales del inculcado, asegurada por la previsibilidad y la mensurabilidad en su ejercicio.”*³¹

El sistema procesal penal adoptado, al ser de *tendencia acusatoria*, posee rasgos que coinciden con aquellos presentes en los modelos penales acusatorios, y que se expusieron en anterioridad, sin corresponder a un *modelo acusatorio puro*, en cuanto goza de características propias que lo identifican, a saber: la posibilidad de participación del Ministerio Público y la víctima en el proceso penal a modo de intervinientes, que no se compadece con el principio adversarial de los sistemas puros; la desigualdad de armas entre Fiscalía y defensa, en cuanto a la primera le es permitido ordenar la adopción de medidas

³⁰ Sentencia C-873 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y BERNAL CUÉLLAR, Jaime. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia (5ª.ed). 2004.

que limiten derechos fundamentales y a la segunda no³² y; la finalidad procesal de búsqueda de la verdad y realización de justicia material, que no coincide con la búsqueda de *verdad formal* que se pretende en los sistemas acusatorios puros.

La Corte Constitucional al referirse al modelo procesal penal colombiano, lo describió así: *“Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad³³.”*

4.2. El derecho a la no autoincriminación en el ordenamiento colombiano:

³² MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y BERNAL CUÉLLAR, Jaime. El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia (5ª.ed). 2004. Pág.126.

³³ Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

El derecho a lo no autoincriminación está reconocido en múltiples tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Convenios de Ginebra, entre otros, asimismo la Constitución Nacional lo contempla en los siguientes términos:

“Artículo 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”

Esta disposición no incluye sólo el derecho a la no autoincriminación -“no ser obligado a declarar contra sí mismo”- sino también el derecho a la no incriminación, según el cual nadie está obligado a declarar en contra de sus parientes cercanos. Aunque este último no será objeto de estudio en el presente escrito, debe señalarse que el derecho a la no autoincriminación y el de no incriminación son derechos diferentes, con fundamentos diversos, pues, mientras el primero de ellos ampara la indemnidad personal e incoercibilidad del procesado, el segundo protege la unidad e intimidad familiar, considerada esta última como núcleo esencial de la sociedad³⁴.

El derecho a la no autoincriminación también es consagrado por la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal- la cual lo ubica dentro del derecho de defensa en los siguientes términos:

“Artículo 8º. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;

b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

³⁴ Sentencia C-1287 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

c) No se utilice el silencio en su contra;
(...)”

Puede observarse que el Código de Procedimiento Penal otorgó al derecho a la no autoincriminación una cobertura más amplia que la que se le da en la propia Constitución, lo cual resulta completamente válido si se tiene en cuenta que la Carta Política señala los estándares mínimos de protección que se le deben dispensar a los individuos, pudiéndose garantizar niveles de amparo más amplios y, que al momento de implementar el sistema procesal penal colombiano, el Acto Legislativo y la misma Constitución instaron al legislador a que determinara el alcance y contenido que se le daría a cada derecho fundamental en el marco específico del proceso penal.³⁵

De la consagración del derecho a la no autoincriminación en la Ley 906 de 2004, que se hace bajo el título *“principios rectores y garantías procesales”*, puede advertirse que se contempla el derecho a la no autoincriminación en toda su amplitud, esto es, el literal “a” hace referencia al derecho a no declarar en su contra; el literal “c” hace referencia al derecho a guardar silencio el cual, como se expuso, implica la imposibilidad de que este se interprete como indicio de culpabilidad y; el literal “b” hace referencia al derecho a no autoincriminarse, lo cual, según puede deducirse, se refiere al derecho a no colaborar de ninguna forma a su propia inculpación, puesto que si se refiriera al mismo supuesto del literal “a” no tendría sentido que el legislador hubiera consagrado dos veces lo mismo mediante formulaciones diversas.

Ahora, en este punto conviene exponer someramente el alcance que le han dado tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional a la garantía de la no autoincriminación.

La Corte Constitucional actualmente entiende el derecho a la no autoincriminación como la posibilidad que tiene toda persona de abstenerse de *resolver preguntas* relativas a hechos que puedan implicarle responsabilidad penal. Pese a que en años anteriores se sostenía que el derecho a no declarar

³⁵ Sentencia C-873 de 2003: *“Los principios fundamentales que rigen el proceso (i) siguen gozando de rango constitucional, (ii) se interpretan a la luz de las disposiciones relevantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan a Colombia (art. 93, C.P.), y (iii) deben ser desarrollados, por mandato de la Constitución y del acto mismo Acto Legislativo, a través de disposiciones legales orientadas a precisar su alcance y contenido específicos en el contexto del procedimiento penal.”*

contra sí mismo sólo regía en asuntos de índole penal, correccional o de policía³⁶, hoy en día se sostiene que la vigencia del mismo es predicable en todas las relaciones de los ciudadanos con el Estado, dado que no depende de la naturaleza del proceso sino de la naturaleza de la responsabilidad que se derivaría de la declaratoria³⁷.

Esta Corporación ha entendido el derecho a la no autoincriminación como un principio rector del derecho penal y como un componente específico *-núcleo duro*³⁸- del derecho de defensa del sindicado, que lo habilita para adoptar como estrategia defensiva aquella que resulte más conveniente para sus intereses. En palabras de la Corte: *“dicha garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral, consagrándose en ese contexto un derecho a guardar silencio, del cual, a su vez, se deriva la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, en cuanto que se encuentra constitucionalmente amparada, no pueda tener repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad.”*³⁹

Para los propósitos del presente artículo es relevante la Sentencia C-633 de 2014, en la cual, se analizó y se declaró la constitucionalidad de la norma de tránsito que sanciona a aquellos conductores de vehículos automotores que, habiendo sido requeridos por la autoridad, no permitan la realización de pruebas físicas o clínicas que determinen la presencia de alcohol o sustancias psicoactivas en su cuerpo, o se den a la fuga. En esta providencia se concluyó, aunque no tajantemente, que la norma estudiada no violaba la garantía de no autoincriminación en cuanto en virtud de esta se prohíbe a las autoridades toda actuación que pretenda la confesión involuntaria del individuo, esto es, la manifestación oral o escrita de hechos que le sean desfavorables, lo cual no era extensible a otro tipo de actividad probatoria. En palabras de la Corte:

³⁶ Sentencia C-426 de 1997, Sentencia C-622 de 1998.

³⁷ Sentencia C-102 de 2005 y Sentencia C-258 de 2011. *“En el proceso civil o laboral, trátase de la contestación de la demanda, o de la confesión judicial o al momento de resolver un interrogatorio de parte o de terceros, el ciudadano requerido siempre podrá abstenerse de resolver preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal suya o de su cónyuge o compañero permanente, o de sus familiares cercanos, en los grados establecidos en el artículo 33 de la Carta : cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primer civil. Porque, de lo contrario, el juez del proceso vulneraría la garantía de no autoincriminación.”*

³⁸ Sentencia C-848 de 2014.

³⁹ Sentencia C-258 de 2011.

“(...) En tanto esta última –la no autoincriminación- únicamente protege al sujeto –mediante una norma con estructura de regla- ante cualquier intento de obligarlo a emitir una declaración o manifestación escrita u oral que puede incriminarlo. Así las cosas, salvo que se trate de la imposición de una obligación de declarar, cualquier otra intervención en el derecho a comportarse pasivamente en un proceso sancionatorio, constituye una intervención en el derecho a la defensa cuya validez deberá evaluarse teniendo como punto de partida que se encuentra reconocido por una norma con estructura de principio.

La Corte entiende que esta comprensión del derecho a la no autoincriminación es la que mejor se ajusta al texto de la Carta. En consecuencia, aunque en algún pronunciamiento se había sugerido que la posibilidad de ordenar registros o inspecciones corporales en el imputado afectaba el derecho a la no autoincriminación, es necesario reconocer que en esos casos no es directamente relevante la garantía del artículo 33. Esta se opone, de manera definitiva, a cualquier intento de obtener mediante la coacción una declaración incriminatoria. No se extiende, prima facie, a otro tipo de actividad probatoria.⁴⁰”

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el derecho a la no autoincriminación implica que el procesado no puede ser constreñido, de ninguna manera, a decir la verdad, razón por la cual se le exime de juramento previa declaración, no pudiendo incurrir en el delito de falso testimonio en caso de faltar total o parcialmente a aquella. No obstante, ha señalado también que el derecho a la no autoincriminación no involucra el derecho a mentir, de manera que las mentiras en que incurra el sindicado podrían interpretarse como indicio de culpabilidad en contra suya. En palabras de la Corte:

“El derecho a la no autoincriminación, no presupone, como lo sostiene el demandante, el derecho a mentir. Solo implica que el procesado no puede ser constreñido, de ninguna manera, a decir la verdad, y por esta razón se le exime de juramento, pero esto no quiere decir que si falta a ella, su actitud no pueda ser tenida como indicio de responsabilidad en el hecho investigado cuando se cumplen las exigencias de orden fáctico y jurídico en su deducción.⁴¹”

⁴⁰ Sentencia C-633 de 2014.

⁴¹ Sentencia CSJ SP del 24 de junio de 2015, rad. 39703, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

La misma Corporación ha sostenido que la omisión de la autoridad de informar al procesado del derecho que le asiste a guardar silencio y a no declarar en su contra, no afecta la validez y legalidad de lo que pueda ser expresado por el individuo, dado que lo trascendental, según la Corte, es que este no sea compelido de ninguna forma a hacer manifestaciones que lo incriminen. En esta ocasión sostuvo:

“(...) la Sala ha dicho, entre otros, en CSJ SP, 14 de mar. 2002. Rad. 12385 y CSJ AP, 29 de oct. 2010. Rad. 35234, que una omisión en ese sentido constituye una simple inobservancia que no afecta la validez de la diligencia, pues lo fundamental es que a ninguna persona se le obligue a rendir testimonio contra sí misma o contra sus parientes especificados en los artículos 33 de la Constitución Nacional y 385 del Código de Procedimiento Penal y, sólo si la persona es forzada a hacerlo, se viola la garantía y por ende se impondría la necesidad de declarar la ilegalidad de la prueba.”⁴²

La anterior consideración según la cual la omisión de la autoridad del deber de información no implica desprotección frente al derecho a la no autoincriminación y por ende, no comporta la exclusión de las declaraciones que eventualmente pueda proporcionar el procesado en la medida en que para su obtención no haya mediado ninguna forma de coacción física o psicológica, resulta, a mi entender, desatinada, toda vez que el amparo efectivo al derecho a la no autoincriminación en todas sus dimensiones depende en gran medida del conocimiento que de este tenga su titular, teniéndose en cuenta que cualquier proceso penal es un escenario formal en el que el Estado hace ejercicio legítimo de su *ius puniendi*, por lo cual el procesado se encuentra en situación de sumisión e inferioridad frente a este, lo cual lógicamente puede despertarle sentimientos de angustia y temor, pudiendo entender -erradamente- que se encuentra jurídicamente obligado a decir la verdad. Todo lo anterior, teniendo en cuenta que, frecuentemente fungen como procesados penalmente, personas con escasos niveles de educación.

Tras lo anteriormente dicho, puede concluirse que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia entienden que la garantía a la no autoincriminación sólo cobija el supuesto en virtud del cual el procesado

⁴² Sentencia CSJ SP del 19 de marzo de 2014, rad.41357, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

penalmente no puede ser obligado a hacer manifestaciones, por medio del habla o la escritura, que le perjudiquen.

Esto es, entienden que la garantía abarca tanto el derecho a guardar silencio como el derecho a no declarar en su contra, pero no el derecho a mentir ni a no ser obligado a colaborar, lo cual supone varios peligros si se tiene en cuenta que en este sentido, en primer lugar: todo procesado culpable al verse jurídicamente impedido a mentir, no *tendría el derecho a guardar silencio sino la obligación de hacerlo* puesto, que en caso de renunciar a este se vería inevitablemente obligado a hablar con la verdad lo cual le supondría revelar su culpabilidad, en últimas, autoincriminarse. En esta medida su decisión de guardar silencio sería claramente interpretable.

En segundo término: la no inclusión dentro de la garantía a la no autoincriminación del derecho a no colaborar, implica que aunque el procesado no pueda ser obligado a hacer declaraciones en contra suya, si lo pueda ser para prestar otras colaboraciones que pueden resultar, en muchos casos, más efectivas y contundentes para efectos de probar su culpabilidad que la propia confesión, como ocurre cuando el propio cuerpo del individuo es utilizado como objeto de prueba en las llamadas intervenciones corporales.

4.3. Intervenciones corporales en el proceso penal colombiano:

En el capítulo III de la Ley 906 de 2004 titulado *“actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización”* se contemplan tres tipos de intervenciones corporales practicables sobre el procesado. Su consagración se da en los siguientes términos:

“Artículo 247. Inspección corporal. Cuando el Fiscal General, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana.”

“Artículo 248. Registro personal. Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional⁴³, y salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.

Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor.”

“Artículo 249. Obtención de muestras que involucren al imputado. Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes (...)”

Las anteriores disposiciones consagran tres clases de intervenciones corporales que revisten diferentes grados de injerencia en el cuerpo del individuo en que se practican. No obstante, todas ellas se asemejan en que pueden ser practicadas aún en contra de la voluntad del afectado, por medio de la fuerza física, y en que generan la afectación de garantías fundamentales, por lo cual su procedencia se encuentra condicionada a la autorización judicial previa, la cual debe estar motivada y ajustarse al principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, tanto en aquellos casos en que la persona afectada con la medida preste su consentimiento como en los que no lo haga.

La denominada *inspección corporal*, contemplada en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004 consiste en *“una exploración del cuerpo del imputado, de sus orificios corporales naturales, de su interior. Se trata de una “inspección”, o sea de un “examen o reconocimiento” físico del cuerpo del imputado, más allá de la superficie de la piel. Así las cosas, corresponden a dicha denominación las*

⁴³ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-822 de 2005

exploraciones anales o vaginales, el examen del interior de la boca, y, obviamente, la búsqueda que se haga al interior del cuerpo del imputado, mediante intervenciones quirúrgicas u otros procedimientos semejantes.⁴⁴

El *registro personal* contemplado en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 es una intervención que generalmente implica menor afectación de derechos fundamentales que la que puede predicarse de las inspecciones corporales o la toma de muestras, dado que este sólo puede abarcar el “registro o cacheo” sobre la superficie de la piel, la vestimenta de las personas o sus efectos personales. Es por esto, que la ley permite que este procedimiento se practique, no sólo sobre el imputado, sino también, sobre *alguna persona relacionada con la investigación*.

Por último, la *obtención de muestras que involucren al imputado* consagrada en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, se refiere a aquella “*intervención corporal que apunta a obtener evidencia del cuerpo humano, pero se diferencia de la inspección corporal en tanto esta tiene como fin la recuperación de evidencia física ajena al cuerpo del imputado (droga, proyectiles de arma de fuego, etc.) mientras que aquella está orientada a recuperar evidencia que “hace parte natural del cuerpo” (cabello, saliva, semen, entre otros). La extracción de muestras es una intervención corporal que generalmente va acompañada del registro corporal, sobre todo cuando las muestras deben extraerse de los orificios naturales del cuerpo; además, es una diligencia que siempre está orientada a hallar evidencia que luego deberá ser sometida al estudio de un experto.*”

La constitucionalidad de estas disposiciones se analizó en la sentencia C-822 de 2005, a partir de la demanda ciudadana en la que se alegó que la práctica de las intervenciones corporales contenidas en los artículos 247, 248 y 249, *que se da en contra de la voluntad de quien era sujeto de investigación penal* viola una gran cantidad de derechos y garantías fundamentales como la dignidad humana, la autonomía personal, el derecho a la intimidad, la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso y el derecho a la no autoincriminación. Según la accionante:

⁴⁴ BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. Medellín, Colombia: Comlibros, 2008. Pág.223.

“El debido proceso protege a los individuos contra confesiones obtenidas mediante coacción y contra procedimientos sugestivos de identificación, de tal manera que prevalezca la presunción de inocencia. Los artículos demandados al tratar el cuerpo de los individuos como prueba contra sí mismos, mediante actuaciones aprobadas por una autoridad judicial, desconocen dicho principio. Los artículos bajo examen, contemplan un constreñimiento para prestar su cuerpo como evidencia física del proceso, contra sí mismo, desconociendo de esta manera el principio de no autoincriminación que consagra el artículo 29 de la Carta. Si tanto constitucionalmente, como en la misma ley se contempla una protección frente a la autoincriminación, de manera tal que se prohíben todo tipo de métodos de interrogatorio que restrinjan la actuación voluntaria del procesado, es inconcebible, por tanto, que prohibiendo el constreñimiento para que una persona declare en contra de sí misma, se cobije el constreñimiento para que una persona ponga su cuerpo como evidencia en su contra. Es por esto que es inconstitucional que la misma ley ampare la posibilidad de forzar a un ser humano, incluso contra su voluntad a suministrar su propio cuerpo como prueba contra sí mismo”⁴⁵.

En dicha providencia, la Corte precisó que, en efecto, la práctica de las intervenciones corporales sí comportaba la incidencia en un amplio espectro de derechos fundamentales como la dignidad humana, por utilizar el cuerpo mismo del procesado; la autonomía personal, dada la posibilidad de intervenir aún en contra de su voluntad; la intimidad, por implicar la exposición o tocamientos de partes del cuerpo normalmente ocultas a la vista; la integridad física, en aquellos casos en que la inspección corporal o la extracción de muestras implique uso de agujas, punciones, instrumental médico, o inclusive, intervenciones quirúrgicas sobre el procesado; la libertad de locomoción, por limitarle al individuo circular libremente durante el tiempo que dure la intervención y; en ciertos casos, la prohibición de la tortura, así como la de tratos crueles, inhumanos o degradantes, puesto que la forma, condiciones y frecuencia con las cuales se practiquen la toma de muestras o las inspecciones corporales puede significar para el individuo un grado de sufrimiento físico o moral constitucionalmente inadmisibles.

No obstante lo anterior, se consideró que, toda vez que en el marco del proceso penal, se encontraban, además de los derechos fundamentales del procesado, fines estatales legítimos como la persecución de delitos y los derechos de las

⁴⁵ Sentencia C-822 de 2005.

víctimas, era necesario que en ciertos casos se limitaran los primeros para lograr la consecución del valor supremo de la justicia. En palabras de la Corte:

*“Se trata, por lo tanto, de fines legítimos y constitucionalmente importantes, expresamente consagrados en la Constitución. También son fines imperiosos, como quiera que la persecución del delito y el aseguramiento de los medios materiales probatorios y de la evidencia física, están orientados a proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia y a asegurar una pronta y cumplida justicia. En concreto, estos fines se traducen en el objetivo de recuperar evidencia física o elementos materiales probatorios que se encuentra en posesión del imputado, de la víctima o de un tercero relacionado con la investigación que se adelanta y sin las cuales se truncaría el buen suceso del programa de investigación.”*⁴⁶

Por esta razón, estimó que, las intervenciones corporales contenidas en las normas demandadas eran acordes a la Constitución en cuanto tanto su autorización como su práctica estuvieran rodeadas de una serie de exigencias formales y materiales tendientes a evitar una incidencia excesiva en los derechos fundamentales del procesado.

En este sentido, para la autorización de estas medidas se requiere, la solicitud del Fiscal – o excepcionalmente de la Policía Judicial- ante el juez de control de garantías –principio de reserva judicial- quien debe analizar no sólo la legalidad y procedencia de la medida solicitada, sino también ponderar si aquella resulta proporcionada en el caso concreto, esto es, si reúne las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, que el juez debe tener en cuenta previa autorización de la intervención corporal, opera como *“criterio valorativo constitucional determinante máximo de las restricciones imponibles, a la esfera básica de los ciudadanos, por el Estado en la realización de sus fines”*⁴⁷, y se desdobra en tres componentes esenciales: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de idoneidad, que atiende a la causalidad de las medidas en relación con sus fines, exige al juez examinar si la intromisión en los derechos del

⁴⁶ Sentencia C-822 de 2005.

⁴⁷ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba. Barcelona, España: José M. Bosch, 1999. Pág.186.

procesado- en este caso las intervenciones corporales- son adecuadas para alcanzar los fines de la investigación; el principio de necesidad, según el cual, al momento de adoptarse alguna medida restrictiva de derechos que sea apta para la consecución del fin, debe optarse por la menos lesiva entre las posibles, impone al juez el deber de verificar si no existe un medio alternativo a la intervención corporal que tenga eficacia semejante y sea menos limitativo de derechos, y; el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que atiende a la ponderación de intereses en el caso concreto, impone al juez el deber de ponderar los intereses en juego -individuales y colectivos- para verificar si la adopción de la medida resulta razonable.

Según la Corte: *“El examen, en cada caso concreto, de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores, (i) la gravedad del delito -teniendo en cuenta para ello, la pena prevista, (ii) el número de víctimas y su vulnerabilidad, (iii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iv) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés general en que se sancione a los responsables de un delito, el hecho de que se negara la práctica de la inspección corporal, y (iv) el valor probatorio de la evidencia material buscada a la luz del programa de investigación; y, por el otro lado, (v) el grado de incidencia de la inspección corporal en los derechos del individuo, teniendo en cuenta, entre otros factores (a) el tipo de medida cuya autorización se solicita, (b) la parte del cuerpo sobre la que recae, (c) el tipo de exploración que tal medida implica (si requiere el empleo de instrumental médico, si supone algún tipo de incisión en la piel, la necesidad de emplear anestesia general, etc.), (d) la profundidad y duración de la inspección, (e) los efectos y riesgos para la salud del individuo, (f) la necesidad de cuidados especiales después de que se realice la inspección, etc.”*

En consecuencia, tras el cumplimiento de los requisitos recién expuestos, puede el juez aprobar la práctica de intervenciones corporales aún en contra de la voluntad del procesado, la cual deberá darse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el individuo.

Finalmente, aunque la Corte Constitucional concluyó que las intervenciones corporales afectaban una cantidad considerable de derechos fundamentales del imputado, señaló que las mismas no comportaban desconocimiento a la garantía a la no autoincriminación, toda vez que prestar el propio cuerpo como objeto de investigación, no comportaba para el individuo la obligación de *declarar en su contra* y que, adicionalmente, los elementos materiales probatorios o evidencia

física derivados de los hallazgos en su cuerpo podrían ser tanto favorables como desfavorables para la defensa.

En palabras de la Corte: *“En cuanto a la afectación del derecho a no autoincriminarse y de la presunción de inocencia, la Corte Constitucional comparte los criterios de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de señalar que la inspección corporal no implica ni en su diseño ni en su aplicación un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, como quiera que los elementos materiales probatorios y la evidencia física buscados pueden obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo. Adicionalmente, dado que la inspección corporal está orientada a buscar en el cuerpo del imputado, elementos materiales probatorios y evidencia física cuya existencia misma no depende de la voluntad del imputado, la recuperación de tales elementos no constituye una afectación desproporcionada del derecho del imputado a no declarar contra sí mismo.*
(...)

Esta medida no implica un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, como quiera que la existencia de elementos materiales probatorios y de evidencia física en posesión de una persona no altera su derecho a no ser obligado a declarar “contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”⁴⁸

Tras apreciar que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, otorgan al derecho a la no autoincriminación un alcance, según el cual, el imputado tiene derecho a guardar silencio y a no verse obligado a declarar – verbalmente- contra sí mismo, pero no a no ser *compelido de ninguna forma a colaborar en la demostración de su responsabilidad penal*, se concluye que la jurisprudencia nacional en cabeza de ambas Cortes niega el amparo efectivo frente al derecho de no autoincriminación, al darle un alcance más restringido que el que le corresponde.

En mi opinión, deberían las altas Cortes colombianas, darle un alcance mayor a la garantía de no autoincriminación, estimando que toda intervención corporal que se haga sobre el imputado, sin su consentimiento, es violatoria de aquella. Por ende, debería considerarse legítima a la luz del ordenamiento jurídico, y en

⁴⁸ Sentencia C-822 de 2005.

específico, del derecho a la no autoincriminación, la negativa del procesado a dejarse practicar medidas tendientes al esclarecimiento de la verdad de los hechos. Entre las razones de esta postura, se encuentran:

- La Corte Constitucional al interpretar el artículo 33 superior, que establece que “*nadie está obligado a declarar contra sí mismo*”, concluyó que, por ende, nadie estaba obligado por ningún medio a hacer manifestaciones verbales o escritas contra su persona.

No obstante, si se observa, la Real Academia Española define la palabra *declarar* como “manifestar, hacer público”, asimismo, etimológicamente, *declarar* significa “dejar algo en claro públicamente”. En consiguiente, se puede apreciar que el significado que le dio la Corte a la palabra *declarar* contenida en el artículo 33 constitucional, es restringido y arbitrario, puesto que circunscribió el término a las manifestaciones verbales, excluyendo así, toda otra forma de manifestación o expresión.

La única forma de “manifestar”, de “hacer público” o de “dejar algo en claro públicamente” no es, lógicamente, a través de la palabra escrita o hablada, sino que, en cambio, esto se puede dar de las más variadas maneras. Suponer lo contrario, sería desconocer todas aquellas formas de comunicación, relativas a la expresión corporal, las señas, los gestos, las acciones, y en todo caso el lenguaje no hablado.

Piénsese, en el caso en que algún individuo quiera “dejar claro”, “manifestar” o “hacer público” un hecho, como por ejemplo, haber estado en una escena del crimen. Para estos efectos, podría resultar mucho más contundente, el aporte de una prueba de ADN que su propio dicho.

En consecuencia, si la Corte hubiera atendido al verdadero significado de la palabra *declarar*, el cual no corresponde a *manifestar verbalmente* sino a *manifestar, hacer público, dejar algo claro*, hubiera reconocido el alcance que realmente le corresponde a la garantía de no autoincriminación. Puesto que, si se entendiera que *nadie está obligado a declarar contra sí mismo*, equivale a *nadie está obligado a manifestar algo contra sí mismo o, a hacer algo público en contra de sí mismo o, a dejar algo claro en contra de sí mismo*, se predicaría con respecto al procesado el derecho a no verse obligado a colaborar en su incriminación, a no contribuir al esclarecimiento de los hechos

investigados y, en últimas, a no prestar su cuerpo, si no lo quiere, como objeto/ fuente de prueba que puede condenarlo.

- Adicional a lo anterior, la Ley 906 de 2004, en la cual, por mandato constitucional se determinó el alcance concreto que se le daría a cada derecho fundamental en el marco del proceso penal, fue explícitamente garantista cuando consagró en su artículo 8°, no sólo el derecho a *no declarar contra sí mismo* sino también el derecho a *no autoincriminarse*.

Con esta formulación, es claro que el legislador no quiso proteger al procesado sólo en aquellos casos en que se le compeliere a hacer manifestaciones *orales* inculpativas, sino también frente a cualquier apremio que se le hiciera para contribuir a su propia inculpación. Por ende, *legalmente* el amparo a la no autoincriminación incluye el derecho a no ser obligado a colaborar en su propia condena, lo cual, en caso de superar la protección constitucional dispensada al derecho a la no autoincriminación, resulta perfectamente válido, puesto que resulta más garantista y se compadece más con el valor esencial de la dignidad humana.

- La distinción según la cual la garantía de no autoincriminación sólo abarca el derecho a no declarar contra sí mismo, pero no el derecho a negarse al sometimiento de intervenciones corporales, resulta amañada, si se tiene en cuenta que en uno y otro caso las consecuencias prácticas son las mismas.

Es decir, se tiene el mismo resultado tanto si el sujeto afectado declara ser cierto lo que pretende verificarse mediante la medida de intervención corporal, como si efectivamente se procede a su práctica y se constata el dato buscado con la misma. Dado que de la intervención corporal pueden desprenderse elementos inculpativos para el sujeto pasivo de esta, sobre los cuales el juez puede fundamentar su convicción, su práctica puede equipararse a la de una declaración.

En consecuencia, poco importa si la incriminación se logra a través de la palabra o del cuerpo del individuo, dado que, en ambos casos lo relevante, es que tanto de la declaración como de la intervención corporal pueden derivarse elementos que delaten al procesado, por lo cual su derecho a no autoincriminarse, en sentido amplio, se vería vulnerado.

- La concepción según la cual, el derecho a la no autoincriminación sólo protege al imputado a no ser compelido a declarar *involuntariamente* en su contra, esto es, a *confesar*, pero no el de no ser obligado a colaborar con la investigación a través de la utilización de su cuerpo para la obtención de evidencia física o elementos probatorios que posteriormente serán sometidos a pericias, parte del errado entendimiento según el cual la confesión tiene mayor valor probatorio que la prueba pericial, en el sentido que la primera *puede demostrar con mayor certeza, puede ser más contundente, más dicente* a efectos de probar la responsabilidad penal del procesado.

Lo anterior, por cuanto, considerar que para proteger el derecho a la no autoincriminación basta con asegurarle al procesado el derecho a no verse obligado a *hacer declaraciones en su contra*, sería suponer que la única forma de autoincriminarse, o al menos, la más efectiva, es la *confesión*, lo cual, no sólo es errado, sino que además evoca aquellas épocas inquisitoriales en que se consideraba esta prueba como la *prueba por excelencia de culpabilidad*.

La Corte Constitucional en sentencia C-822 de 2005, manifestó lo siguiente: “*La inspección corporal no implica ni en su diseño ni en su aplicación un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, como quiera que los elementos materiales probatorios y la evidencia física buscados pueden obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo.*”

Dicho apartado, explicita la idea de la Corporación según la cual los elementos probatorios y evidencia física halladas en una intervención corporal no ostentan la suficiente entidad como para inculpar al procesado, esto es, no revisten la importancia que podría tener la confesión suya para estos efectos.

Esta posición es desatinada por dos razones, la primera de ellas, es que la concepción según la cual la confesión *vale más* para efectos inculcatorios que cualquier otro medio de prueba, que *per se* tiene una capacidad demostrativa mayor, desconoce el hecho de que en Colombia rige el principio de la *sana crítica o persuasión racional*⁴⁹ –y no el de tarifa legal o prueba tasada- para efectos de valoración probatoria, lo cual se traduce en que en el ordenamiento no hay pruebas que de por sí valgan

⁴⁹ Sentencia C-202 de 2005.

más que otras, sino que el juzgador debe establecer por sí mismo el mérito que le asignará a cada una de ellas, con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

En segundo lugar, a mi entender, no es más demostrativa de la culpabilidad del procesado la confesión hecha por él, que otra prueba, como por ejemplo, el análisis pericial que pueda derivarse de una toma de muestra, o de un objeto hallado en la intervención corporal. Lo anterior porque, como bien se sabe, la confesión del procesado puede no ser cierta o, en todo caso, puede provenir de una voluntad viciada, desinformada, ignorante o carente de juicio. En cambio, en las pericias realizadas como consecuencia de intervenciones corporales, se utilizan por lo general métodos técnicos o científicos que arrojan resultados muy exactos o con pequeños márgenes de probabilidad de error, razón por la cual, no es posible para el juez alejarse en gran medida de lo determinado en la pericia, pues su margen de discrecionalidad está reducido, lo cual no ocurre con la confesión del procesado, pues el juez, en todo caso, puede no creerle.

En este sentido, puede resultar entonces, mucho más cierta, explícita y contundente para efectos de demostrar la culpabilidad del procesado, la prueba pericial derivada de la intervención corporal, que el mismo dicho del individuo, en virtud de los métodos científicos utilizados en aquella.

En este sentido, señala el autor López Barja de Quiroga lo siguiente: *“En relación con la prueba pericial, en términos generales, rige el principio de la libre apreciación, pues, no se trata de intercambiar las funciones entre el perito y el juez. No hay duda de que el perito debe realizar su dictamen y el juez será el que valore el informe, así como las demás pruebas y tome la decisión correspondiente. No obstante, la cuestión resulta compleja cuando el peritaje utiliza métodos y resultados plenamente acreditados plenamente acreditados por las ciencias, pues, en tales casos, el juez no puede desatender el dictamen basándose simplemente en su propia convicción y, al contrario, cuando las ciencias no lo tienen acreditado, tal falta de acreditación no puede ser suplida por la convicción del juez, pues, como señala ROXIN, a pesar de que se defienda la libre apreciación del juez, este se encuentra sujeto a las leyes del pensamiento y de la experiencia⁵⁰”*

⁵⁰LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004. Pág.1078.

Piénsese por ejemplo, que un dictamen pericial de análisis de ADN, resultante tras la toma de muestra de sangre a un procesado, arroja que la sangre del procesado es la misma que se halló en el arma homicida. Supóngase además, que el margen de error de dicha prueba es cercano a cero. En este caso, dicha prueba resultaría, no sólo concluyente, en la medida que demostraría en alto grado de certeza la culpabilidad del procesado, sino también irrefutable, en cuanto los métodos utilizados en ella responden a ciencias objetivas y exactas.

A propósito de esta prueba señala el mismo autor: *“La prueba pericial relativa a los análisis de ADN y a su confrontación es una prueba basada en conocimientos científicos y ha de someterse su valoración o apreciación por el juez a las limitaciones indicadas, pues el principio de la libre valoración de la prueba no permite que el juez discurra por caminos contrarios a aquellos que para la ciencia son indiscutibles.”*⁵¹

- El derecho a la no autoincriminación, inescindiblemente vinculado al valor supremo de los Estados democráticos, la dignidad humana, implica que debe reconocérsele siempre al procesado su calidad de persona, de manera que toda forma de “cosificación” del individuo debería estar proscrita.

En tal sentido, siendo Colombia un Estado democrático, no se comparte la distinción según la cual la compulsión hecha al procesado para que confiese, es ilegítima, mientras que la compulsión para la utilización de su cuerpo, es legítima, puesto que en ambos casos se estaría poniendo a la persona en situación de cosa, de objeto del proceso penal, de instrumento a merced de los fines estatales y los intereses mayoritarios, doblegando su voluntad, incluso por medio de la fuerza.

La instrumentalización del individuo, y por ende el desconocimiento de su dignidad humana, es absoluta cuando se procede a practicársele intervenciones corporales invasivas en contra de su voluntad. En estos casos no sólo se desconoce el derecho que debería ampararlo a no colaborar en su incriminación, a no contribuir a su propia condena, a no suplir con su actuar la carga de la prueba que le corresponde al ente

⁵¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004. Pág.1079.

acusador, sino que además, se le denigra completamente como ser humano al permitirse sobre él el ejercicio de la violencia física.

Piénsese, por ejemplo, en la práctica de una inspección de las cavidades anal o vaginal, que se haga sin el consentimiento del procesado. Este tipo de intervención, además de desconocer la voluntad del individuo, su capacidad de autodeterminarse y de decidir sobre su propio cuerpo, resultaría denigrante, no sólo porque para su práctica se requeriría la inmovilización total del afectado, sino también porque las mencionadas partes del organismo, según los parámetros sociales, son consideradas por la generalidad de las personas como privadas e inviolables. Adicionalmente, la práctica de estas medidas, así sea llevada a cabo en condiciones de *seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad*⁵² puede comportar violación a la prohibición de tortura, de tratos crueles, inhumanos o degradantes⁵³ por la enorme humillación y dolor que esta podría implicarle al procesado.

En palabras de la autora M. Isabel Huertas Marín: *“A mi parecer, este tipo de medidas que suponen una degradación de la persona o que atentan incluso contra su dignidad como tal no deberían ser admitidas por el ordenamiento jurídico, porque si bien puede aceptarse la limitación de los derechos fundamentales que, como es conocido, no son absolutos, cuando dicha limitación afecta a la propia esencia del ser humano y puede provocar su envilecimiento y humillación como persona, se traspasa el límite del sacrificio que puede ser exigido al ciudadano en atención al interés público.”*⁵⁴

En consecuencia, las intervenciones corporales, en ocasiones, además de violentar la garantía de no autoincriminación, vulneran una serie importante de derechos fundamentales del procesado, lo cual las hace insoportables a la luz del Estado de derecho y del respeto por los derechos humanos.

⁵² Sentencia C-822 del 2005.

⁵³ Constitución Política de Colombia: ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

⁵⁴ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba. Barcelona, España: José M. Bosch, 1999. Pág.376.

Tras lo anteriormente dicho, se concluye, que la consagración de medidas de intervención corporal que sean procedentes incluso en contra de la voluntad del procesado, implica un gran obstáculo para lograr el progreso hacia formas más elevadas de civilización del derecho penal. Considero que al derecho a la no autoincriminación debe dársele un alcance más amplio, entendiendo que este no sólo se refiere al derecho a no declarar y a guardar silencio, sino también al derecho que debería tener todo procesado a no colaborar con el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.

El hecho de que actualmente, en Colombia, rijan normas que permitan intervenciones corporales en contra de la voluntad del afectado, implica que el reconocimiento del procesado como *persona* y no como *cosa* esté incompleto. Sólo el día en que se predique un verdadero respeto por el valor superior de la dignidad humana, se le otorgará a la garantía de no autoincriminación el alcance que le corresponde, se le dispensará al sujeto pasivo del proceso penal un tratamiento más garantista y, se entenderá, finalmente, que la labor de demostración de responsabilidad le incumbe en todo a la persecución penal y en nada al imputado.

En consecuencia, considero que, en principio debería proscribirse toda forma de intervención corporal, que utilice al procesado como objeto de prueba en contra de su voluntad y, más aún, aquellas que además de obligarlo a autoincriminarse, vulneren otros derechos fundamentales como la intimidad, la integridad personal o la prohibición de tortura.

Obligar al procesado a prestar su cuerpo para los fines de la investigación que contra él se adelanta, es obligarlo a renunciar a sus derechos fundamentales, situación que hace más penosa su situación, de por sí nada envidiable, al ser estos derechos los únicos instrumentos con que cuenta para defenderse del poder supremo del Estado. La permanencia de este tipo de obligaciones en cabeza del procesado, con el fin de lograr la eficacia de la administración de justicia, puede implicar el recorte progresivo de su libertad y autonomía, y en todo caso, de las garantías a su favor, lo cual entraña graves riesgos y peligros.

La eficacia de la administración de justicia debe lograrse en todo caso a través de métodos diferentes, que no impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales del procesado, y sobre todo, su condición de persona portadora de dignidad. En palabras de Vives, “*sólo la verdad obtenida con el respeto a*

esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así, los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judiciales válidos.⁵⁵

5. Conclusiones:

- El proceso penal constituye el procedimiento reglado a través del cual el Estado ejercita legítimamente su facultad al *ius puniendi*. Las sociedades democráticas, que pretenden el uso racional de esta facultad estatal, deben proteger a ultranza las garantías fundamentales del sujeto pasivo del proceso penal, que lo protegen frente al poder supremo del Estado.
- El paso histórico del modelo procesal penal inquisitivo al acusatorio, provocado por las ideas defendidas en la Ilustración, implicó un gran avance en cuanto a la *humanización* del derecho penal. A partir de este tránsito se dio el reconocimiento generalizado de una serie de derechos fundamentales a favor del procesado, que conllevó a que fuera tratado ya como sujeto procesal y no como instrumento/objeto del proceso.
- Entre los derechos fundamentales predicables de un individuo está el derecho a la *no autoincriminación*, esto es, que nadie está obligado a condenarse a sí mismo. Por ende, según la doctrina, debe asegurarse al procesado el derecho a guardar silencio, a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a no verse compelido a colaborar con la autoridad en el esclarecimiento de los hechos que se investigan.
- En Colombia, a partir de la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002, rige un modelo procesal penal de tendencia acusatoria, fundado en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales del inculcado. Este modelo, al ser *tendencialmente* acusatorio, tiene características propias y distintivas.

⁵⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004. Pág.947.

- En Colombia se reconoce el derecho fundamental a la no autoincriminación tanto a nivel constitucional como a nivel legal. La Ley 906 de 2004, en su artículo 8° determinó el alcance que se le daría a este derecho en el ámbito específico del proceso penal.
- Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han entendido que el derecho a la no autoincriminación se limita al derecho del procesado a no verse *obligado a declarar contra sí mismo*, entendiendo con esta expresión, las manifestaciones verbales o escritas de culpabilidad. Según estas Corporaciones el derecho a la no autoincriminación no cobija el derecho a mentir ni a no ser obligado a colaborar con la investigación penal.
- La Ley 906 de 2004 consagra tres tipos de intervenciones corporales que, aunque requieren previa autorización por parte del Juez de Control de Garantías, pueden practicarse aún en contra de la voluntad del afectado, a saber: el registro personal, la inspección corporal y la obtención de muestras. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional interpretan que el sometimiento forzado del individuo a este tipo de medidas no implica violación a la garantía de no autoincriminación, puesto que en estos casos, aunque se le está obligando a que preste su cuerpo para la investigación, no se le impone el deber de *declarar – verbalmente- en contra suya*.
- Las Cortes colombianas, con el fin de proteger el interés general de eficacia en la administración de justicia, desconocen el alcance real que se le debería reconocer al derecho a la no autoincriminación, en virtud del cual nadie debería ser obligado, por ningún medio, a contribuir a su condena. Se aprecia que, forzar al procesado a colaborar con la investigación mediante la intervención en su propia humanidad, puede traer, frecuentemente, efectos incriminatorios incluso más contundentes que su propia confesión de culpabilidad.
- El hecho de que las intervenciones corporales puedan ser practicadas sobre el procesado, incluso, en contra de su voluntad, implica que las mismas no sólo afectan ciertamente el derecho a la no autoincriminación sino también otros derechos de raigambre constitucional como: la dignidad humana, la autonomía personal, el derecho a la intimidad, el

derecho a la integridad física, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

- Obligar al procesado –aún mediante la fuerza física- a que se someta a intervenciones corporales que extraerán de él elementos probatorios, es, no sólo obligarlo a renunciar a su derecho a no autoincriminarse, sino desconocer su dignidad, por brindarle tratamiento de cosa, cuando le corresponde ser tratado como persona.
- Para lograr el progreso hacia formas más avanzadas de humanidad en materia penal, debería ampliarse la concepción del derecho a la no autoincriminación, considerando que esta no sólo abarca el derecho a guardar silencio y a no ser compelido a declarar en su contra, sino, también, el derecho a mentir y a no verse obligado de ninguna manera a colaborar en la comprobación de su culpabilidad. En consecuencia, debería considerarse que, en principio, toda intervención corporal *forzada* es ilegítima en cuanto obliga al procesado a autoincriminarse y, con mayor razón, todas aquellas que, adicionalmente, implican el desconocimiento de otros derechos fundamentales amparados en nuestra Constitución Nacional.

Bibliografía:

-BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

-BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*. Medellín, Colombia: Comlibros, 2008.

-ERNST BELING-KAI AMBOS y GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2009.

-GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid, España: Marcial Pons, 2004.

-HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona, España: José M. Bosch, 1999.

-JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2005.

-LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2004.

-MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y BERNAL CUÉLLAR, Jaime. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia (5º.ed). 2004.

-SECO VILLALBA, José A. *El derecho de defensa: la garantía constitucional de la defensa en juicio*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1947.

Normas

- Constitución Política de Colombia de 1991
- Ley 906 de 2004
- Ley 500 de 2000
- Acto Legislativo 03 de 2002

Sentencias

- Sentencia C-426 de 1997.
- Sentencia C-622 de 1998.
- Sentencia C-1287 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C- 873 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C-102 de 2005.
- Sentencia C-202 de 2005.
- Sentencia C-822 de 2005.
- Sentencia C-258 de 2011.
- Sentencia C-848 de 2014.

- Sentencia C-633 de 2014.
- Sentencia CSJ SP del 19 de marzo de 2014, rad.41357, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- Sentencia CSJ SP del 24 de junio de 2015, rad. 39703, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.